



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

A legalidade e a moralidade: a previsão normativa e a compreensão doutrinária de dois princípios em aparente tensão no discurso judicial brasileiro

Legality and morality: the normative precept and the doctrinal comprehension of two principles in apparent tension in the Brazilian judicial discourse

Tamira Almeida Martins

Resumo: Este artigo discorre brevemente acerca da compreensão dos princípios da legalidade e da moralidade, a partir do sentido que lhes foi atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro atual e pela interpretação judicial levada a efeito pelos Tribunais Superiores nacionais. Analisa, ao fim, a aparente tensão existente entre as noções de moralidade e de legalidade e o embate criado entre os referidos princípios nas Cortes brasileiras.

Palavras-chave: Princípio da legalidade; princípio da moralidade; colisão de princípios; cortes superiores brasileiras; ordenamento jurídico brasileiro.

Abstract: This article briefly discusses the comprehension of the principles of legality and morality, analyzing the meaning assigned to them by the current Brazilian legal system and by the judicial interpretation undertaken by the national high Courts. Finally, it analyzes the apparent tension between the notions of morality and legality and the clash created between these principles in Brazilian Courts.

Keywords: Principle of legality; principle of morality; collision of principles; Brazilian superior courts; Brazilian law.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p137-149>

Artigo submetido em: julho de 2014 **Aprovado em:** agosto de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

A LEGALIDADE E A MORALIDADE: A PREVISÃO NORMATIVA E A COMPREENSÃO DOUTRINÁRIA DE DOIS PRINCÍPIOS EM APARENTE TENSÃO NO DISCURSO JUDICIAL BRASILEIRO

*Tamira Almeida MARTINS**

Sumário: 1 Introdução; 2 O princípio da legalidade e a reserva de lei; 3 O princípio da moralidade e a visão extensiva do Supremo Tribunal Federal; 4 O embate dos princípios da legalidade e da moralidade na jurisdição brasileira; 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O impulso para a pesquisa do tema e elaboração dos trabalhos a ele vinculados nasceu, talvez, da pretensão de evidenciar um padrão muito preocupante, que vem, há algum tempo, tornando-se frequente na seara judicial. Em um momento de forte e constante demanda por moralização política e ética - consequência de intensa pressão midiática e social -, promovem-se ataques a princípios consagrados historicamente e expressamente garantidos na Constituição Federal. Busca-se o “aperfeiçoamento” e a “correção” democrática à custa do sacrifício de garantias extremamente caras ao Estado de Direito atual.

Intentando balizar futuros exames acerca da conduta recorrente dos Tribunais Superiores brasileiros neste sentido, o presente estudo discorre acerca do entendimento atribuído a dois princípios que se inserem no centro da controvérsia, permanecendo em aparente tensão no discurso judicial brasileiro: o princípio da legalidade e o princípio da moralidade.

Assim, analisa-se a compreensão atual dos referidos princípios, a partir do sentido que lhes foi atribuído pelo ordenamento jurídico nacional e pela constante interpretação judicial levada a efeito pelos Tribunais Superiores nacionais. Discutem-se, neste ínterim, o teor de decisões das Cortes Superiores sobre o tema, e o falso embate criado, nelas, entre as noções.

2 O princípio da legalidade e a reserva de lei

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II¹, consagra, em meio aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o princípio da legalidade, ao enunciar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

* Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR – Curitiba, Brasil). Aluna Regular dos cursos de Especialização em Gestão Pública (UAB/UEPG), Pós- Graduação em Direito Administrativo (Instituto Romeu Felipe Bacellar – Curitiba, Brasil) e Especialização em Direito Eleitoral (Instituto Verbo Jurídico).

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

lei". É princípio, como apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 100), "específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria" – é-lhe essencial, intrínseco e estruturante², "nasce com o Estado de Direito; é uma consequência dele" (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 99).

Embora costumeiramente nomeado "princípio", pertinente pequena observação quanto à natureza da legalidade. Marçal Justen Filho suscita a análise, aduzindo que a constante tendência a referir-se à norma como norma princípio liga-se a uma noção hierárquica, que confere à ideia de princípio uma importância basilar maior do que à regra – sem considerar, no entanto, que característica do princípio é a incerteza e a indeterminação de seu conteúdo, concretizado pelo aplicador (JUSTEN FILHO, 2009, p. 124-125). Afirma o autor, então, que o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal consagra uma "regra da legalidade" (2009, p. 124), afastando a possibilidade de ponderação do intérprete – "cabará ao aplicador promover uma atividade de subsunção, caracterizada pela redução da autonomia de escolhas" (2009, p. 125). Perceber a natureza de norma regra do "princípio da legalidade" é essencial para impedir que a indeterminação característica dos princípios reduza a "força vinculante" da noção de legalidade, produzindo resultados diversos daqueles buscados pelo constituinte³.

A despeito da observação feita, cabe ressaltar que, no entendimento aqui esposado, a legalidade adquire natureza de princípio, sendo norma base do sistema, estruturando-o como um todo, com elevado grau de fundamentalidade e importância. Se considerada as teorias de Alexy e Dworkin⁴, no entanto, o princípio da legalidade deve

² Com Paulo Bonavides, aponte-se que "[o] Estado de Direito não se define apenas pela legalidade, mas pelos princípios constitucionais, por considerações superiores de mérito, que governam e fundamentam" (BONAVIDES, 2001, p. 257).

³ Observa o autor: "A tendência predominante a aludir a princípio reflete uma concepção hierárquica, que reconhece maior importância ao princípio do que à regra. Alude-se a princípio da legalidade para indicar que a Constituição deu grande importância ao tema. Mas esse enfoque esquece que a natureza do princípio impõe incerteza e indeterminação ao conteúdo da norma, permitindo uma relevante margem de autonomia ao seu aplicador. Em termos práticos, afirmar a existência pura e simples de um princípio da legalidade permitiria que o processo de concretização das normas jurídicas conduzisse ao surgimento de direitos e obrigações *não* constantes em lei. Essa observação não se destina a negar à legalidade a condição de princípio. Existe o princípio da legalidade, consistente na previsão de que os direitos e obrigações serão produzidos por meio de lei. Mas o art. 5º, II, da CF/88 também consagra uma *regra da legalidade*. Trata-se de estabelecer *vedação* à criação de direitos e obrigações por meio diverso da lei" (JUSTEN FILHO, 2009, p. 124).

⁴ Para compreender a tese de Alexy, é necessário considerar a relação entre valor, regra e princípio. O autor coloca a Constituição como uma ordem concreta de valores. A partir da ideia de valores, Alexy promove uma abertura do sistema constitucional, conferindo-lhe uma conotação moral. Essa aproximação do sistema constitucional a uma "moralidade" deve se basear em alicerces racionais, no entanto. Os juízos de valor a serem utilizados pelo aplicador, a valoração levada a efeito no âmbito do Poder Judiciário, pelo juiz, deve ter fundamento racional, deve poder ser racionalmente controlada (ALEXY, 2011, p. 22-26). Enquanto eventuais conflitos entre regras ocorreriam em um plano abstrato, da validade, o conflito entre princípios acontece apenas no plano concreto, diante de uma situação posta, envolvendo o plano da eficácia. Tanto Alexy quanto Dworkin oferecem solução a casos em que princípios colidem entre si. A tensão dessa colisão não exclui princípios do sistema (como aconteceria com as

ser observado e aplicado pelo Poder Judiciário como se regra fosse – vez que regra é -, não passível de relativização.

Aponta José Afonso da Silva (2012, p. 421) que “só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas”, não podendo o Estado “exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei” (2012, p. 420). Consubstanciando meio de submeter o Estado a um controle normativo, como garantia de direitos dos particulares em face de potenciais desmandos, o princípio da legalidade busca assegurar que a atuação estatal esteja, a todo tempo, sujeita aos limites em lei estabelecidos⁵.

Por “lei”, deve entender-se lei formal – “ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição” (SILVA, 2012, p. 421). Aponta, ainda, oportunamente, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 102), a partir da literalidade do dispositivo constitucional – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” –, que, ali, não se faz referência a decreto, regulamento, resolução ou, tampouco, portaria⁶: somente lei em sentido estrito, lei formal, fruto de processo legislativo regular, nos termos previstos constitucionalmente, pode impor deveres ou restrições aos particulares⁷.

José Afonso da Silva aponta pequena exceção. Afirma que a ideia não exclui a possibilidade que “ato equiparado à lei formal” (2012, p. 421) regule determinadas matérias. Ressalta, no entanto, que “ato equiparado à lei formal, no sistema

regras, segundo os autores). No caso de conflitos entre princípios, Dworkin afirma que um princípio pode possuir maior peso do que os demais diante de determinada circunstância, atribuindo-se-lhe maior importância – ele então prevalecerá na situação concreta em apreço. Segundo o autor, a igualdade tem sempre maior peso, sendo as liberdades fundamentais entendidas a partir da igualdade (que significa tratar a todos com igual respeito) (DWORKIN, 2002, p. 35-46). Já Alexy coloca que, em situações de conflito, é possível reduzir-se o âmbito de aplicação de um dos princípios em função do outro, por meio de uma técnica de ponderação de valores, que busca a aplicação máxima de cada princípio conflitante (ALEXY, 2002, p. 89 e ss.). O conflito entre as disposições principiológicas jamais acarreta a exclusão de um princípio do sistema. As teses apresentadas por Dworkin e Alexy não são, no entanto, as mais adequadas à ideia de princípio mais amplamente adotada no Brasil. Neste país, a noção mais adotada quanto à natureza dos princípios é aquela que os enuncia como normas fundantes, nucleares do sistema, de grau de importância inestimável e alto caráter estruturante. Sob a forma de princípios, expressar-se-iam os valores e escolhas fundamentais do sistema.

⁵ Coloca Celso Antônio Bandeira de Mello: “Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 100).

⁶ “Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 102-103).

⁷ A respeito, percebe-se que “(...) a ideia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o *conteúdo inovativo* de suas estatuições (...)” (SILVA, 2012, p. 420-421).

constitucional brasileiro atual, serão apenas a lei delegada (art. 68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos” (SILVA, 2012, p. 421).

Justen Filho atenta, ainda, ao fato de alguns defenderem que, mais correto do que aludir à noção como “princípio da legalidade”, seria referir-se a ela enquanto “princípio da constitucionalidade” – ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da Constituição. Afasta o autor, no entanto, a noção, afirmando, com propriedade, que “o princípio da legalidade significa, em grande parte dos casos, a insuficiência da previsão constitucional para a validade da atividade administrativa” (2009, p. 127-128), que torna essencial a especificação infraconstitucional⁸.

De qualquer forma, o princípio da legalidade envolve, como apontado pelo autor, “a ausência de poder normativo para a Administração Pública instituir norma jurídica que não tenha sido, antes, delineada legislativamente” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 154)⁹. A partir da noção, pode-se diferenciar duas manifestações do princípio, a legalidade simples e a estrita legalidade. A legalidade simples exige disciplina legal para impor direitos e obrigações, não excluindo, no entanto, a possibilidade de se estabelecer, através de lei, competências discricionárias, a fim de possibilitar a solução mais adequada às vicissitudes do caso em apreço (JUSTEN FILHO, 2009, p. 155). A estrita legalidade, ao contrário, nasce “quando a Constituição determina a regulação normativa exaustiva por via de lei e proíbe a instituição normativa da discricionariedade” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 155) - não há espaço para a regulamentação normativa da matéria fora do Poder Legislativo¹⁰. Adota-se a estrita legalidade “em todos os casos em que estiver em jogo um valor jurídico fundamental, cujo sacrifício fica na dependência de ser objeto da disciplina normativa” (JUSTEN

⁸ “A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa. São indispensáveis as leis (infraconstitucionais) que funcionam como garantia específica e precisa da existência de normas mais concretas e determinadas. (...) É verdade que todas as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição. Quando se afirma que a validade da atividade administrativa depende de sua compatibilidade com a lei, isso significa que a atividade administrativa é determinada, em última análise, pela própria Constituição. Mas isso não significa a desnecessidade da existência de leis infraconstitucionais disciplinadoras da atividade administrativa. Esse é um requisito necessário, mas nem sempre suficiente. Para tanto, é indispensável não só a autorização genérica da Constituição, mas também uma manifestação concreta e determinada produzida por meio de lei” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 128).

⁹ Quanto à noção de norma jurídica, aduz Justen Filho ser norma jurídica o “comando que versa sobre a conduta, resultante de um processo lógico e valorativo desenvolvido a partir do texto da lei”. Afirma, então, que “o princípio da legalidade significa, na verdade, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da existência de uma norma jurídica produzida por uma lei” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 126).

¹⁰ “Portanto, a determinação constitucional da estrita legalidade significa a supressão da competência normativa externa ao Poder Legislativo para disciplina de certo tema. Nesses casos, há a determinação constitucional do exercício exaustivo e completo pelo Legislativo da competência normativa, sem margem para complementação da disciplina por meio da atuação do Poder Executivo” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 155).

FILHO, 2009, p. 155) - decisões que eventualmente ocasionem restrição parcial ou total supressão de direitos fundamentais exigem, indispensavelmente, determinação legislativa.

Perceba-se que a natureza fundamental dos direitos políticos, por exemplo, aproxima indissociavelmente o Direito Eleitoral ao núcleo essencial dos dispositivos previstos na Carta Magna. Relacionado à essência constitucional, o Direito Eleitoral é regido diretamente pelo princípio da legalidade específica, exigindo, tanto para a garantia de direitos quanto para a imposição de deveres ou sanções, lei formal, fruto de discussão ampla e pública no âmago do Poder Legislativo, respeitado o procedimento constitucionalmente estabelecido¹¹.

Cabe ressaltar a conclusão lógica de tal análise: quaisquer atos provenientes do Poder Executivo ou do Poder Judiciário não são aptos a disciplinar matéria eleitoral – que só pode ser regulada por lei em sentido estrito¹².

Situação diversa é assistida no país atualmente. A Justiça Eleitoral constantemente toma para si papel que não lhe compete, inovando a ordem jurídica, criando ou restringindo direitos de forma não já prevista em lei ou de forma diversa daquela nela estabelecida.

O Direito Eleitoral, portanto, figura dentre as matérias que o legislador constituinte escolheu submeter ao princípio da reserva de lei. Cumpre atentar que o princípio da reserva de lei não se confunde com o princípio da legalidade. Este estatui subordinação à lei, atuação nos limites legislativamente estabelecidos. O princípio da reserva de lei estabelece que o condicionamento legislativo de certos assuntos deve relacionar-se, necessariamente, à lei formal¹³. O princípio da reserva de lei, assim,

¹¹ Neste sentido: “O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade” (SALGADO, 2010, p. 297).

¹² Neste sentido: “As regras eleitorais se referem à concretização do princípio de legitimação do exercício do poder político. Exige-se, para a sua imposição, ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias. A legitimidade para a restrição de direitos — direitos políticos, como a elegibilidade (...) — está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral” (SALGADO, 2010, p. 300).

¹³ Esclarece José Afonso da Silva: “o primeiro [*princípio da legalidade*] significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. (...) Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.” (SILVA, 2012, p. 422).

envolve a escolha constitucional¹⁴ de matérias que podem ser disciplinadas unicamente através de lei resultante de devido procedimento no Congresso Nacional¹⁵.

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, as leis provêm de um órgão colegial – o Parlamento – no qual se congregam várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social, de tal sorte que o Congresso se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica, as leis – que irão configurar os direitos e obrigações dos cidadãos –, necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum temperamento entre as variadas tendências (2012, p. 363).

As leis, submetidas a um processo de elaboração que envolve “fiscalização social” daquilo que possam vir a conter, são marcadas por “um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa” em muito superior ao dos regulamentos (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 362) – por exemplo¹⁶. O Direito Eleitoral, por intimamente relacionado aos direitos políticos – direitos fundamentais do cidadão –, base do Estado Democrático de Direito erigido pela Constituição de 1988, foi elencado dentre as matérias a que, por exigir tratamento exclusivo por lei formal, “impõe-se uma reserva legal absoluta” (SALGADO, 2010, p. 299).

¹⁴ “Esta decisão é justificada pela seleção constitucional de temas que devem ser tratados no âmbito da representação, envolvida pela legitimidade democrática e cuja decisão é passível de amplo controle dos seus fundamentos, garantido pela publicidade das discussões e pela possibilidade de participação no debate de todos os partidos com representação” (SALGADO, 2010, p. 299).

¹⁵ Marçal Justen Filho espousa entendimento diverso. Ao diferenciar a solução vigente na França, em que se estabelece constitucionalmente um elenco de temas a serem tratados legislativamente e aquilo que ali não for abrangido resta como de competência normativa reservada ao Poder Executivo (por regulamento), afirma que “no direito brasileiro, a expressão reserva de lei até pode ser utilizada, mas não apresenta maior utilidade”. Segundo o autor, “em princípio todas as matérias são reservadas à lei, e o Poder Executivo não pode opor-se a que o Poder Legislativo discipline certos temas por meio de lei. Portanto, a Constituição brasileira reserva todos os assuntos (como regra) para serem disciplinados por lei. Não existe um conjunto de temas subordinados a uma reserva de regulamento” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 135). Aqui, adota-se a tese contrária.

¹⁶ “Já, os regulamentos carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, propiciam as mazelas que resultariam da falta deles, motivo pelo qual, se são perfeitamente prestantes e úteis para a simples delimitação mais minudente das providências necessárias ao cumprimento dos dispositivos legais, seriam gravemente danosos – o que é sobremodo claro em país com as características políticas do Brasil – se pudessem, por si mesmos, instaurar direitos e deveres, impondo obrigações de fazer ou não fazer. Deveras, opostamente, às lei, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 362-363).

3 O princípio da moralidade e a visão extensiva do Supremo Tribunal Federal

Parte integrante do regime jurídico administrativo é o princípio da moralidade, erigido a princípio constitucional com a Constituição Federal de 1988, em que consta expressamente consignado, ao lado do princípio da legalidade e dos demais princípios constitucionais da administração pública, no artigo 37, *caput*¹⁷. Menção expressa ao princípio da moralidade figura também no artigo 5º, inciso LXXIII¹⁸, que dispõe acerca da possibilidade de proposição de ação popular a fim de anular ato lesivo à moralidade administrativa, e no artigo 85, inciso V¹⁹, que coloca a improbidade administrativa como crime de responsabilidade. Há menção ao princípio, ainda, no artigo 14, parágrafo 9º²⁰, que, a fim de proteger a moralidade para o exercício do mandato – considerada a vida pregressa do candidato –, dispõe que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidades – além dos constitucionalmente estabelecidos. Recentemente, a Lei Complementar nº 135/2010, elaborada sob a égide deste dispositivo, foi declarada constitucional no Supremo Tribunal Federal, apesar de extremamente polêmica.

No Estado Democrático de Direito, a moral passou a ocupar espaço enquanto condição de legitimidade da atividade político-administrativa. Assiste-se um fenômeno de juridicização das normas morais²¹, que passaram a integrar, não apenas materialmente, mas também formalmente, o sistema – em um movimento de “moralização do direito”²².

¹⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

¹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

¹⁹ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração”.

²⁰ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)”.

²¹ “É que o sistema jurídico democrático fundamenta-se na legitimidade, a qual se compõe com o elemento da moralidade pública socialmente afirmada. Por isso, no sistema constitucional dos povos contemporâneos, a moralidade pública adotou aquela forma jurídica, fez-se princípio fundamental e dotou-se de natureza e vigor normativo” (ROCHA, 1994, p. 183).

²² Afirma Vicente Rao: “Se em todos os tempos se proclamou que o direito, ao se concretizar em normas obrigatórias, há de respeitar os princípios da Moral, hoje, mais do que nunca se acentua a tendência que

Nos termos do princípio da moralidade, positivado constitucionalmente, “a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 119). Impõe-se à administração uma atuação moral, marcada por obediência à ética, lealdade, boa-fé, honestidade, uma atuação não apenas em conformidade com preceitos legais. O princípio da legalidade não é suficiente para sustentar a ação administrativa, que deve respeitar os preceitos da moralidade, enquanto dever geral de boa administração.

A ação administrativa que desrespeite a moralidade pode ser anulada. Neste sentido, coloca Celso Antonio Bandeira de Mello que violar os princípios éticos aos quais o princípio da moralidade impõe observância “implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição” (2012, p. 119). Helly Lopes Meirelles caminha no mesmo sentido, afirmando que “a moralidade administrativa constitui hoje em dia pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. (...) O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima” (MEIRELLES, 1990, p. 79-80).

A “moral administrativa” não se confunde, no entanto, com a moral comum. Diferentemente desta, eminentemente subjetiva, a moral administrativa é objetiva, não se influencia segundo impressões ou preceitos individuais. Ainda que trate de padrões éticos, o princípio da moralidade não envolve noções puramente pessoais, mas um conteúdo objetivo, surgido do próprio sistema jurídico como um todo. Aduz Helly Lopes Meirelles, com Hauriou, sistematizador do conceito discutido, que “não se trata (...) da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’” (1990, p. 79)²³.

Oportunamente, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello que mera ofensa à noção de moral socialmente estabelecida não será suficiente para atingir o princípio jurídico da

as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas; *acentua-se, isto é, a tendência para a moralização do direito*” (RAO, 1997, p. 69-70).

²³ Segue o autor: “Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor [Hauriou] que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – ‘non omne quod licethonestum est’. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum” (MEIRELLES, 1990, p. 79-80).

moralidade - “este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado” (2012, p. 120).

Esclarece, ainda, Romeu Felipe Bacellar Filho, ao aduzir que

a afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa. Introduce o conceito de boa administração, da moral administrativa especializada em face da moralidade comum (2011, p. 192).

Bandeira de Mello atribui ao princípio da moralidade um sentido mais estrito do que o trazido por Hauriou em suas lições, ao identificá-lo com os chamados princípios da lealdade e da boa-fé – “segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (2012, p. 119-120).

Márcio Cammarosano afirma, no entanto, que “essa referibilidade a valores juridicizados, consubstanciados em normas e princípios, não nos permite reconhecer a moralidade administrativa como princípio dotado de autonomia” (2006, p. 111). Afirma que “só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais” (2006, p. 114)²⁴.

Embora diversa da noção de moralidade comum, a ideia de moralidade administrativa não é a ela completamente oposta. Maurício Antonio Ribeiro Lopes aduz que

a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum o que, contudo, não as antagoniza, pelo contrário, são complementares. A moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre os valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto – mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa (1993, p. 29).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “a moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os

²⁴ Aponta, ainda, que “(...) não é possível dissociar a ideia de moral – moral comum ou jurídica – da ideia de liberdade, de consciência, de livre arbítrio. A ética diz respeito ao comportamento humano apenas em razão mesmo dos atributos do homem, que tem a faculdade de, controlando seus instintos, criar sua própria escala de valores, determinando-se por ela. É essa liberdade decisória – sem embargo dos condicionamentos individuais e sociais a que estamos todos sujeitos – que nos permitem censurar ou elogiar este ou aquele comportamento como sendo bom ou mau. Se não há liberdade, não há o que censurar ou aplaudir, não como aplicar sanções ou premiar.” (CAMMAROSANO, 2006, p. 113-114).

encargos impostos à maioria dos cidadãos" (1991, p. 111). Defendendo a autonomia do princípio da moralidade, ao contrário do entendimento esposado por Cammarosano, afirma que o princípio da moralidade "exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade" (DI PIETRO, 2010, p. 358-359).

Cumpra reafirmar que o respeito ao princípio da legalidade não seria, então, suficiente para sustentar a ação administrativa, que deve respeitar os preceitos da moralidade²⁵. Neste sentido, caminha Marçal Justen Filho aduzindo que "a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida" (JUSTEN FILHO, 1998, p. 58). Assim, além de limitada aos mandamentos legais, em respeito ao princípio da legalidade, a administração pública vincula-se indissociavelmente à moralidade.

A dificuldade de determinação do núcleo significativo do princípio instiga dúvidas quanto a sua autonomia com relação ao princípio da legalidade, como já exposto. Há doutrinadores que, inclusive, não consideram sua existência, entendendo que o princípio da moralidade está compreendido no próprio princípio da legalidade²⁶. Mencione-se, no entanto, que tal entendimento não é compatível com o sistema jurídico brasileiro, que prevê os princípios da legalidade e da moralidade como princípios autônomos²⁷.

A delimitação do cerne do princípio é essencial para evitar que o instituto acabe inócuo. Importante, no entanto, perceber que, não obstante as considerações tecidas, não há como definir a priori o conteúdo do princípio da moralidade, fluído e maleável, vez que sem tipificação exata. Aponta Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt a natureza de "conceito jurídico indeterminado" que envolve a noção de moralidade

²⁵ Neste sentido: "A legalidade, que é o cerne de todos os demais princípios constitucionais, deve ser compreendida como legalidade ética, isto é, legalidade sempre associada a moral na gestão pública. A legalidade desprovida de conteúdo ético constitui insuportável distanciamento entre direito e a justiça e, por isso, não legitima a conduta pública" (PAZZAGLINI FILHO, 2003, p. 31).

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, coloca o princípio jurídico da moralidade administrativa como "um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria" (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 120).

²⁷ Confirma tal entendimento o fato de o princípio da moralidade ser expressamente previsto, de forma autônoma ao princípio da legalidade, em diversos dispositivos legais: o princípio da moralidade consta expressamente consignado, ao lado do princípio da legalidade e dos demais princípios constitucionais de direito administrativo, no artigo 37, caput. Menção expressa ao princípio da moralidade figura também no artigo 5º, inciso LXXIII, no artigo 85, inciso V e no artigo 14, parágrafo 9º, por exemplo. Quanto à autonomia do princípio da moralidade, conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo" (DI PIETRO, 2010, p. 71).

administrativa (2011, p. 214). Não é possível, de pronto, determinar, abstratamente, o conteúdo do princípio.

Perceba-se, no entanto, que, apesar do assinalado, o conceito indeterminado não deixa de apresentar-se determinável, de possuir certa densidade mínima (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 28-29) – limites são inerentes à natureza de todo conceito, que, por ser conceito, é limitado. Não existe imprecisão absoluta, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 927). Ensina o autor, acerca da natureza da noção, que todo conceito jurídico indeterminado comporta duas zonas de certeza (2012, p. 928)²⁸, uma zona de certeza positiva, na qual o conceito certamente incide, e uma zona de certeza negativa, não abrigada, de forma alguma, pelo conteúdo do conceito (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 29). Atente-se que “entre estes marcos, há uma área nebulosa de indefinição em que uma gama enorme de situações podem ser inseridas e com características das delimitações externas do conceito” (BITTENCOURT, 2011, p. 213). No intervalo entre as zonas de certeza haveria, portanto, um espaço de indeterminação²⁹.

Resta nas mãos do aplicador a tarefa de determinar o indeterminado. Frise-se que o trabalho, no entanto, não é, de forma alguma, livre de qualquer controle³⁰ - “a incompatibilidade entre o limite do conceito e a atuação do aplicador resolve-se na invalidação desta última” (JUSTEN FILHO, 1998, p. 17-18).

Ao lado dos ensinamentos doutrinários, cabe assinalar a divergência acerca do conteúdo do princípio da moralidade nos Tribunais Superiores. Um dos acórdãos paradigmáticos acerca da questão, expondo o entendimento posteriormente adotado de maneira ampla pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, foi proferido no RE

²⁸ A respeito, afirma ainda: “É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima, daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto” (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 29).

²⁹ No mesmo sentido, Marçal Justen Filho: “Há um núcleo de certeza positiva, correspondente ao âmbito de abrangência inquestionável do conceito. Há outro núcleo de certeza negativa, que indica a área a que o conceito não se aplica. Entre esses dois pontos extremos, coloca-se a zona de incerteza. À medida que se afasta do núcleo de certeza positiva, reduz-se a precisão na aplicação do conceito. Aproximando-se do núcleo de certeza negativa, amplia-se a pretensão de inaplicabilidade do conceito. Não existe, porém, um limite exato acerca dos contornos do conceito” (JUSTEN FILHO, 1998, p. 17-18).

³⁰ Aponta Marçal Justen Filho que “a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados não deságua na liberação do aplicador do Direito para adotar qualquer solução, a seu bel-prazer. Aliás, muito pelo contrário. Conduz a restringir a liberdade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados” (JUSTEN FILHO, 1998, p. 17-18). Quanto ao tema, ainda, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello que “nada importará a concepção particular, pessoalíssima, que alguma autoridade tenha (real ou pretensamente), sobre o que é ‘segurança jurídica’, ‘moralidade pública’, ‘urgência’, ‘interesse público relevante’, ‘tranquilidade pública’ ou de outros conceitos fluidos do gênero. (...) Tais conceitos não têm elastério determinado pelo peculiar subjetivismo (verdadeiro ou não) do agente tal ou qual, mas cinge-se a um campo delimitado pela inteligência *razoável*, corrente, isto é, aquela que é normalmente captada pelos administrados, porquanto para reger-lhes os comportamentos é que a regra foi editada” (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 30).

579.951-4/RN³¹, de relatoria do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discutia acerca da vedação do nepotismo no âmbito do Poder Executivo. Há época, não havia qualquer norma que vedasse a prática para além do âmbito do Judiciário³². Defendeu-se, então, que a proibição decorreria diretamente dos princípios albergados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial, do agora tratado princípio da moralidade.

Em seu voto, o Sr. Ministro Lewandowski expõe:

A Constituição de 1988, em seu art. 37, *caput*, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade.

Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público pautar a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue.

Como se vê, as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados contidos no referido dispositivo da Constituição são auto-aplicáveis, visto que trazem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que vulnerarem os valores fundantes do texto constitucional.

Não se olvide, ademais, que o estrito respeito a esses postulados, em especial ao da moralidade, por parte do administrador público, configura

³¹ RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

³² Atualmente, a vedação ao nepotismo, além de decorrer da força normativa dos princípios constitucionais, emana de uma série de previsões normativas. No âmbito do Poder Executivo, há previsão no Estatuto dos Servidores da União, Lei nº. 8.112/1990, que, em seu artigo 117, inciso VIII, proíbe o servidor de “manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil”. No Poder Executivo Federal, dispõe sobre a vedação do nepotismo o Decreto nº 7.203, de 04/06/2010. No âmbito do Poder Judiciário, foi editada, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Resolução nº 7 (18/10/2005), alterada pelas Resoluções nº 9 (06/12/2005) e nº 21 (29/08/2006). Para o Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou as Resoluções de nº 1 (04/11/2005), nº 7 (14/04/2006) e nº 21 (19/06/2007). Ainda a respeito, em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, proibindo o nepotismo em todos os órgãos do Estado, incluindo as estruturas do Poder Executivo e Legislativo e atingindo também a administração pública indireta. Estabelece a Súmula, *in verbis*: “A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta ou indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

pressuposto de validade de seus atos, como se decidiu na ADI nº 2.661/MA, que teve como relator o Ministro Celso de Mello (...).³³

Da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661/MA merece destaque o seguinte trecho:

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais³⁴.

4 O embate dos princípios da legalidade e da moralidade na jurisdição brasileira

A respeito do princípio da moralidade e sua relação com os demais princípios – em especial, o princípio da legalidade –, cita-se o entendimento trazido, em sede doutrinária, por Carmen Lúcia Antunes Rocha, em trecho também referido pelo Sr. Ministro Lewandowski em voto proferido no Recurso Extraordinário já comentado, que coloca a noção de que o princípio da moralidade teria, dentre os princípios constitucionais de direito administrativo, precedência, informando a interpretação e aplicação dos demais:

O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa (ROCHA, 1994, p. 213-214).

O entendimento adotado pelo Ministro Lewandoski de que o princípio da moralidade teria primazia sobre os demais atinge frontalmente noções como a albergada pelo princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser consideradas de forma integrada, e não isoladamente, a fim de contornar eventuais contradições aparentemente existentes³⁵ - “daí que o intérprete deva

³³ RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

³⁴ ADI 2.661/MA, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 05.06.2002, DJ 23.08.2002.

³⁵ “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (CANOTILHO, 2000, p. 162).

sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (CANOTILHO, 2000, p. 162).

Decorrência desse princípio é a consideração de que todas as normas constitucionais possuem igual dignidade, não havendo entre elas hierarquia – não há prevalência de uma norma constitucional sobre outra, não ocorrendo superposição de normas conflitantes. A defesa de uma hierarquia entre as normas constitucionais originárias não é compatível com o sistema brasileiro: o fundamento de validade de todas as normas constitucionais originárias jaz na mesma base, o poder constituinte originário.

Dessa forma, indispensável ressaltar que os princípios constitucionais não guardam entre si qualquer relação de hierarquia. Daí decorre a conclusão essencial de que invocar o princípio da moralidade não enseja de forma ou maneira alguma a negação ou supressão do conteúdo do princípio da legalidade.

O Ministro Lewandowski, ainda no voto proferido no referido Recurso Extraordinário, comenta acerca da sindicabilidade de atos administrativos pelo Poder Judiciário, quando considerados desrespeitosos à noção de moralidade expressa no princípio constitucionalmente positivado. A consideração é tecida a partir de trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF, em que este afirma o papel que entende ter a justiça constitucional na correção de atos administrativos que atingem o princípio da moralidade, ou seja, que contrastam com uma noção de “moral coletiva” composta por um conjunto de valores enraizados na sociedade e decorrentes do “povo”. Cabe observar que, muitas vezes, a ideia de “povo”, abstratamente construída, é colocada enquanto “instância de legitimação”³⁶ de um conceito de moral oportunamente elaborado.

O direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma *moral coletiva*, pois ele reflete um conjunto de *crenças e valores* profundamente arraigados, que emanam da *autoridade soberana*, ou seja, do *povo*. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se *grave sintoma* de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva³⁷ (grifos no original).

Segue o Ministro Lewandowski, no voto em sede de Recurso Extraordinário, discorrendo a respeito da indissociável relação entre o conteúdo dos princípios constitucionais e sua interpretação e o “substrato espiritual que se consubstancia em um determinado povo”, nas palavras de Konrad Hesse (1991, p. 14-15). Indissociáveis,

³⁶ À noção de “povo”, pode ser atribuída a função de instância global de atribuição de legitimidade, nos termos propostos por Friedrich Müller (2003, p. 59-64), a fim de corroborar ações e ideias como se fossem surgidas no seio social e sustentadas pela “vontade povo”.

³⁷ RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

portanto, no entendimento do Ministro, a “moral coletiva” socialmente enraizada e decorrente do “povo”, citada por Barbosa no trecho acima referido, e o conteúdo do princípio da moralidade e sua interpretação (e a interpretação da Constituição como um todo), intimamente relacionada às condições históricas de sua realização.

A respeito, pertinente o apontamento de Eneida Desiree Salgado, que, ao observar que o artigo 3º do texto constitucional aponta para a adoção de determinados princípios morais como objetivos da República Brasileira, afirma que “há compartilhamento de uma moralidade, mas de uma *moralidade objetiva*, relacionada aos valores públicos, sem que isso derive da imposição estatal de um conteúdo específico” (2010, p. 23). Não se permite ao Estado a composição unilateral do sentido que completa os princípios morais a que faz referência o artigo mencionado e diversos outros dispositivos constitucionais. O conteúdo não é, tampouco, ditado por uma moralidade de cunho subjetivo, que envolva noções puramente pessoais, mas por um conteúdo objetivo, surgido do próprio sistema jurídico como um todo, por uma moralidade objetiva.

No mesmo sentido, versa o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF, já referida: “Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta Gordilho, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente”³⁸. A Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF foi ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que pretendeu disciplinar “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e de assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”³⁹, a fim de vedar, no âmbito do Poder Judiciário, o nepotismo

O Ministro Gilmar Mendes expõe, na mesma oportunidade, ainda, o entendimento de que “a indeterminação semântica” dos princípios (da moralidade e demais) não poderia ser um impedimento à determinação de eventuais regras que surjam no âmbito do judiciário a fim de impedir condutas consideradas “imorais”.

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um ‘núcleo fixo’ (Begriffkern) ou ‘zona de certeza’, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação ao

³⁸ MC na ADI 12/DF, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2006, DJ 01.09.2006.

³⁹ Como consta da ementa da resolução em comento.

nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade⁴⁰.

No trecho disposto, resta clara a intenção de fundamentar a possibilidade de concretização do conteúdo de princípios como o princípio da moralidade, de natureza essencialmente fluída e indeterminada, em sede jurisdicional, a partir da dedução de regras contidas em um “núcleo fixo ou zona de certeza” no “interior do princípio”. Cabe, neste ponto, crítica ao entendimento esposado pelo Ministro. Afirmar que princípios como o princípio da moralidade são dotados, como obviamente se deduz, de conteúdo, não permite usá-los diretamente para restringir direitos fundamentais em ausência de lei. A tarefa conferida ao aplicador de determinar o conteúdo indeterminado do princípio, conferindo-lhe concretude, não é livre de qualquer controle, não permite que se insira em seu núcleo conteúdo com ele não compatível e não permite sua aplicação a situações por ele não albergadas – não permite, frise-se, usar o princípio diretamente para restringir direitos em ausência de lei, em prejuízo do princípio da legalidade. Não é lícito ao Poder Judiciário, extrapolando limites de legalidade, definir extensão de princípios a fim de, mascaradamente, inovar a ordem jurídica⁴¹.

Observe-se, como caso típico, novamente, trecho do voto proferido pelo Sr. Ministro Ricardo Lewandowski no RE nº 579.951-4/RN, amplamente citado, em que comenta o tema, especificamente, quanto à dedução de vedação do nepotismo a partir do princípio da moralidade, em que afirma a desnecessidade de “norma secundária [à época, inexistente que obste formalmente essa reprovável conduta”. *In verbis*:

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do artigo 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns “bolsões” de atraso constitucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional⁴².

Ainda que ao Judiciário caiba a possibilidade de concretização do conteúdo dos princípios na análise do caso concreto, importante perceber que não se faz admissível

⁴⁰ MC na ADI 12/DF, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2006, DJ 01.09.2006.

⁴¹ Neste sentido: “A questão sobre a concretização dos princípios, pela determinação do seu significado e de seu alcance, encontra-se no centro da tensão entre democracia e jurisdição constitucional. Ainda que não se possa negar a necessidade de reservar ao Poder Judiciário a capacidade de dar um conteúdo concreto aos princípios para sua aplicação a um caso concreto (sob pena de enfraquecer a normatividade dos princípios), deve-se reconhecer a primazia do consenso democrático na concretização dos princípios, quando do seu adequado e consistente desdobramento em outros princípios e em regras constitucionais e infraconstitucionais” (SALGADO, 2010, p. 13).

⁴² RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

que extrapole os limites da legalidade ao definir sua extensão ou ao deduzir a partir da interpretação a eles dada regras restritivas de direitos. Conferir ao princípio da moralidade um conteúdo de base subjetivista, influenciado por impressões ou preceitos individuais desvirtua sua base. A “moral administrativa”, consubstanciada constitucionalmente no princípio da moralidade positivado, não se confunde com a moral comum – a moral administrativa é objetiva. Qualquer relativização excessiva de seu conteúdo pode conduzir a um moralismo baseado em impressões puramente pessoais, construídas, muitas vezes, dentro dos próprios Tribunais Superiores e com forte apelo popular e extrajudicial.

Atente-se que não se pretende atacar o valor da impessoalização das relações na seara pública, da qual a vedação ao nepotismo é decorrência direta. Cabe discutir, no entanto, a forma pela qual se efetivou a restrição apontada, no Brasil.

Lênio Streck aduz, acertadamente, que em Constituições como a brasileira, detalhadas e altamente compromissárias, os elementos valorativos que, em outros ordenamentos jurídicos, necessita-se buscar fora do sistema já estão devidamente abarcados pelo texto constitucional. No caso brasileiro, a indeterminação dos princípios não exige que se recorra, necessariamente, a argumentos externos ao ordenamento⁴³. Os elementos necessários para a concretização de conceitos fluidos podem ser encontrados no âmago do próprio sistema, não precisando ser, de todo, buscados fora dele⁴⁴.

O “moralismo” em seara social, que serve de argumento para atos de restrição de direitos, principalmente do direito político passivo dos cidadãos, esbarra nestes problemas, tornando debates essencialmente jurídicos (acerca da possibilidade de limitação de um direito fundamental ou acerca da consequência de um embate entre princípios) em debates de cunho moral e moralizante, ao preencher o sentido indeterminado do princípio da moralidade com um conteúdo de ordem subjetiva forjado pelo Poder Judiciário, com apelo a elementos valorativos externos ao ordenamento jurídico (SRECK, 2006).

⁴³ Com o autor: “Além do mais, enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral – e nisso Habermas tem inteira razão –, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar “fora” do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias como a brasileira. Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como corretivo para os ‘impasses’ interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v.g., Alexy. (...) Como já dito, é exatamente por isso que os princípios não ‘abrem’ o processo interpretativo em favor de arbitrariedades; ao contrário, a *aplicatio*, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica (...) proporciona um ‘fechamento’ da interpretação, isto é, serve como blindagem contra a ‘livre atribuição de sentidos’” (STRECK, 2006, p. 211-212).

⁴⁴ Adota-se, neste trabalho, como já apontado, o entendimento de que um sistema constitucional como o brasileiro, apesar de aberto, não exige que se busque fora dele os elementos de que necessita.

5 Conclusão

Já não é satisfatória a divisão rígida e estanque de funções entre os poderes de Estado. Hoje, o estabelecimento de funções atípicas, ao lado das funções típicas, é ato necessário para sustentar a própria tripartição e não constitui ofensa à separação de poderes. O Poder Judiciário vem tomando um papel de relevo na decisão de questões de grande importância social e política no país, em substituição às instâncias políticas tradicionais, às quais cabia a deliberação sobre tais temas. Na seara eleitoral, por exemplo, é visível o fenômeno. Tentando ser protagonista de um processo de transformação política que julga necessário, o judiciário eleitoral assume, no entanto, um papel que não lhe pertence, tomando o lugar que cabe ao legislador e levando a efeito uma série de mudanças, sem as submeter ao processo devido e sem respeitar princípios constitucionais. O faz a partir, principalmente, de limites implicitamente forjados – limites que surgem a partir de embates entre princípios no âmbito jurisdicional.

No presente trabalho, adota-se a postura segundo a qual os princípios figuram como as normas base do sistema, estruturando-o como um todo, sendo normas de elevado grau de fundamentalidade e importância. De caráter claramente fundamental e estrutural, o princípio da legalidade deve ser observado e aplicado pelo Poder Judiciário como se regra fosse – na concepção de Alexy e Dworkin, regra é –, não passível de relativização.

O uso dos princípios tem sido consecutivamente ampliado no âmbito jurisprudencial, possibilitando a maleabilização da interpretação e da aplicação do ordenamento. Cabe ressaltar, no entanto, que, justamente por essa razão, sua aplicação exige controle: o uso de expressões de sentido não definido ou de caráter subjetivo não abre ao Poder Judiciário caminho para interpretações criativas. Não é possível, que, sob o manto da extensão fluida e do conteúdo maleável dos princípios, criem-se novas normas.

Aponte-se que afirmar que princípios são dotados, como obviamente se deduz, de conteúdo, não permite usá-los diretamente para restringir direitos fundamentais em ausência de lei. A tarefa conferida ao aplicador de determinar o conteúdo indeterminado do princípio, conferindo-lhe concretude, não é livre de qualquer controle, não permite que se insira em seu núcleo conteúdo com ele não compatível e não permite sua aplicação a situações por ele não albergadas – não permite, frise-se, usar o princípio diretamente para restringir direitos em ausência de lei, em prejuízo do princípio da legalidade: não é admissível que se extrapole os limites da legalidade ao definir sua extensão ou ao deduzir, a partir de uma interpretação unilateral do Poder Judiciário acerca da amplitude e do conteúdo de expressões, regras restritivas de direitos, abrindo-se a possibilidade de arbitrariedades. Qualquer relativização excessiva do conteúdo de princípios pode conduzir a um moralismo baseado em impressões

puramente pessoais, construídas, muitas vezes, dentro dos próprios Tribunais Superiores e com forte apelo popular e extrajudicial.

É momento de perceber que não cabe ao julgador estabelecer as normas gerais de controle social – seu primeiro estabelecimento deve ser feito na seara discursiva, através da representação legislativa democrática. A Justiça reveste-se, cada vez mais, de um papel que não lhe pertence.

6 Referência bibliográfica

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 189/206, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo: Introdução*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 23.11.2012.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 245-260.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DELGADO, José Augusto. A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 127, jul/set 1995, p. 115/116, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Moralidade Administrativa. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Suzana de Camargo. *A Justiça Eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RAMAYANA, Marcos. *Código Eleitoral Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan/jun 2003, p. 607/630, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 23.11.2012.

STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. *Revista Consultor Jurídico*, 15.03.2009. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 25.11.2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.